



Tilburg University

Een brief bloost niet

Dusarduijn, S.M.H.

Published in:
Fiscaal Tijdschrift Vermogen

Publication date:
2008

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Dusarduijn, S. M. H. (2008). Een brief bloost niet: Over de vermogensrendementsheffing. *Fiscaal Tijdschrift Vermogen*, 2008(14), 1-14.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



Een brief bloost niet; over de vermogensrendementsheffing

Fiscaal Tijdschrift Vermogen 2008/08

Belastingjaar/tijdvak		
Trefwoorden		
Wetsartikelen		
Auteur	Mw. mr. S.M.H. Dusarduijn	

Ruim zeven jaar geleden is de vermogensrendementsheffing toegevoegd aan de Nederlandse inkomstenbelasting. In de ogen van de wetgever is de nieuwe heffingsmethodiek over het inkomen uit sparen en beleggen succesvol gebleken, nu in vergelijking met de Wet IB 1964 het aantal belastingplichtigen dat daadwerkelijk belasting betaalt over vermogensinkomsten aanzienlijk is gestegen. [1] Deze tevredenheid over en met de vermogensrendementsheffing contrasteert met het felle verzet van veel fiscale wetenschappers tegen deze inbreuk op het reële stelsel. [2] De belastingheffing over het inkomen uit sparen en beleggen wortelt immers in een aantal ficties, zoals het 'forfaitaire' rendement, de peildatumsystematiek, de afbakening van de rendementsgrondslag en bepaalde waarderingsvoorschriften. Deze fiscaal gefingeerde werkelijkheid doet de economische realiteit geweld aan: voor de belastingheffing blijkt het bestaan van het daadwerkelijk genoten rendement irrelevant. Dat zodoende de werking van box 3 ruw is - het woord robuust wordt tegenwoordig gemeden [3] - ontkent ook de wetgever niet. Bovendien wordt erkend dat een te ver uiteenlopen van de fiscale werkelijkheid en de economische realiteit slecht is voor het maatschappelijk draagvlak van een heffing. [4] Desalniettemin zit de vermogensrendementsheffing stevig te paard. Papier blijkt geduldig, zoals ook Cicero concludeerde.

Epistola non erubescit (Cicero)

In dit artikel zal ik eerst een korte terugblik geven op het bestaan van box 3 als buitenbeentje in ons fiscale stelsel. Aansluitend zal blijken dat veel belastingplichtigen zich tot de rechter richten met klachten over deze, in hun ogen onrechtvaardige, vermogensrendementsheffing. Uit deze talrijke jurisprudentie heb ik vervolgens twee kwesties gelicht die ik nader bespreek. De eerste zaak heeft al veel pennen in beweging gebracht: de uitsluiting van belastingschulden en de belofte van de wetgever deze wettelijke bepaling te herzien. Daarna zal het in box 3 ontbrekende overgangsrecht worden besproken. Een korte analyse van de besproken rechterlijke oordelen volgt aansluitend. Een blik op de nabije toekomst sluit dit artikel af.

1 Tussentijdse balans

Niemand betaalt graag belasting, zelfs al is het voor iedereen duidelijk dat de overheid met de opbrengsten allerlei publieke goederen financiert. Immers: 'Wat maalt de 55-jarige boekhoudbediende die met zijn brood in de aktetas naar kantoor fietst om nieuwe scholen, om subsidies voor orkesten en musea waar hij nooit heen gaat?' [5] Menig Nederlander ziet de opgelegde tribuut als een levenlange straf waaraan zelfs niet ontkomen kan worden door te sterven. Gezien deze afkeer is het verwonderlijk dat onder belastingplichtigen geen verontwaardigd debat heeft gewoed over de invoering van de vermogensrendementsheffing. Natuurlijk zal de succesvolle investeerder de komst van deze heffing aanvankelijk met gejuich hebben begroet [6], maar ook de voorzichtige spaarder die destijds een gemiddeld rendement 'genoot' van 2,9% is niet massaal te hoop gelopen tegen de uitholling van het draagkrachtbeginsel. Dit gebrek aan ophef is niet alleen te wijten aan het ontbreken van een belangenvereniging die poldert voor rechtsbeginselen, maar vindt ook haar basis in de doordachte wijze waarop de wetgever deze regelgeving en de verdediging daarvan heeft verwoord. Een zorgvuldig gebruik van taal kan immers het denken van mensen sturen en stroomlijnen: in de linguïstiek is deze band tussen woorden en ideeën al veel langer erkend. [7]

Zo wordt het vaste tarief in box 3 onveranderlijk aangeduid als proportioneel, hoewel het evenredige karakter daarvan slechts op papier bestaat: zodra we het tarief van de vermogensrendementsheffing relateren aan het reële inkomen, blijkt het sterk degressief. [8] Ook de eufemistische aanduiding van de op een fictie gebaseerde heffingssystematiek van box 3 als een 'forfaitaire' heffing past in dit strategisch taalgebruik.

De ruwe uitwerking van het systeem werd voor veel belastingplichtigen pas merkbaar bij de eerste belastingaanslag inzake het inkomen uit sparen en beleggen. Uit een inventarisatie van de fiscale rechtspraak blijkt dat opvallend vaak het oordeel van de rechter wordt gevraagd over de basisprincipes van deze vermogensrendementsheffing. Slechts een gering deel van de voorgelegde zaken blijkt betrekking te hebben op de gebruikelijke fiscaaljuridische interpretatie van concrete feiten. [9] In deze categorie valt bijvoorbeeld het oordeel van de Hoge Raad dat de door de belanghebbende periodiek ontvangen inkomsten uit een 'life interest trust' in box 3 belast dienen te worden, omdat deze uitkeringen de tegenwaarde vormen voor de inbreng van het vermogen in de trust. [10] Ook de conclusie van Rechtbank Haarlem dat de hoofdelijke aansprakelijkheid voor een eigenwoningschuld geen schuld in box 3 vormt, [11] kenschets ik als een 'feitelijke' uitspraak, ter afbakening van zaken waarin de bouwstenen van de derde inkomensbox zelf aan de orde worden gesteld. Ruim 60% van de inmiddels aan de rechter voorgelegde zaken heeft namelijk betrekking op dergelijke 'principiële' kwesties. Het draait daarbij om situaties die overduidelijk binnen de door de wetgever getrokken grenzen van de vermogensrendementsheffing vallen, maar waarbij de belastingplichtige ervan overtuigd is dat belastingheffing achterwege moet blijven, omdat deze in zijn ogen evident oneerlijk is. [12] Hoewel het de rechter, volgens art. 11 van de Wet algemene bepalingen van 15 mei 1829, niet vrijstaat om de innerlijke waarde of billijkheid van een wet te beoordelen, zien belastingplichtigen hem als laatste strohalm in de strijd tegen een als zeer onrechtvaardig beleefde systematiek:

"Ik denk dat de inspecteur de wet wel goed toepast. Maar die wet is niet goed. (...) We zijn overal geweest, bij de Ombudsman en bij het Ministerie van Financiën. Zij verwezen allemaal naar u, u bent de laatste. We zijn overvallen. We betalen nu ineens veel meer." [13]

De verontwaardiging is zodanig groot, dat in veel van deze zaken, al dan niet onder aanvoering van een bevlogen belastingadviseur, wordt geprocedeerd tot en met de laatste instantie. De kwesties waarover een rechterlijk oordeel gevraagd wordt, zien op verschillende elementen van de vermogensrendementsheffing. Een greep uit de waaier van procedures: - De rechter wordt gevraagd te oordelen over de als onrechtvaardig ervaren toerekening van een fictief rendement nu een reëel rendement ontbreekt. [14]

- De vraag wordt gesteld of sprake is van een verboden discriminatie bij de samenloop van heffingen die optreedt bij een binnenjaarse vermogensovergang, zowel bij een overgang tussen de inkomensboxen zelf, als bij de vermogensovergang ten gevolge van overlijden. [15]

- Ook de wettelijke uitsluiting van de grondslag van Nederlandse belastingschulden wordt getoetst aan het gelijkheidsbeginsel [16], evenals het onthouden van het heffingvrije vermogen aan buitenlands belastingplichtigen. [17]

- Het recht op een ongestoord bezit van eigendom staat centraal bij procedures omtrent het (ontbreken) van overgangsrecht voor enerzijds de verrekening van verliezen bij het ontbreken van box 1-inkomen en anderzijds de renteaftrek inzake de blote eigendom van een ouderlijke woning. [18]

Ook buiten het fiscale rechtsgebied wordt geprocedeerd over de gevallen gaten tussen de fiscale werkelijkheid en de economische realiteit: de in de vermogensrendementsheffing opgenomen ficties hebben immers ook gevolgen voor de toekenning van toeslagen [19] en studiefinanciering. Zo blijkt het recht op een studiebeurs verloren te gaan als de bijverdiensten uitsluitend bestaan uit een fictief rendement inzake een uit nalatenschap verkregen bloot eigendom van een woning. Hoewel de studente niet over deze woning kon beschikken en daaruit evenmin daadwerkelijk inkomen genoot, verviel door dit fiscaalrechtelijk gefingeerde meerinkomen haar recht op studiefinanciering. Zelfs haar beroep op de hardheidsclausule werd verworpen. [20]

2 Een wankale strohalm

Ook in de hiervoor genoemde zaken bleek de gang naar de rechter niet meer dan een wanhoopspoging. In fiscaalrechtelijke aangelegenheden is een geslaagd beroep op het

gelijkheidsbeginsel van art. 14 EVRM [21] en art. 26 IVBPR net zo schaars als een Friese mus die naar Schiermonnikoog vliegt. [22] Bovendien is twijfel gerezen aan de ontvankelijkheid van een beroep op mensenrechtenverdragen in fiscaalrechtelijke zaken. Terecht wordt in de literatuur, vaak in vlammeende bewoordingen, regelmatig gewezen op de spanning die optreedt als een door de fiscale wetgever gemaakt afweging ter discussie wordt gesteld met een beroep op mensenrechtenverdragen. [23] In de zaak Vos oordeelt het Human Rights Committee van de VN zelfs dat het betwiste onderscheid - belastingplichtigen die meer of minder dan 30 kilometer van hun werk wonen - een technisch onderscheid in de fiscale wetgeving betrof dat niet gerangschikt kon worden onder een van de in art. 26 IVBPR genoemde gronden. [24] Het onderscheid had evenmin een 'other status'. Of en in hoeverre deze zeer beperkte uitleg ook dient te gelden voor het overeenkomstige discriminatieverbod in het EVRM is tot op heden onduidelijk: momenteel zijn nog geen arresten gewezen waarin de Hoge Raad de ingeperkte uitleg inzake art. 26 IVBPR heeft gevolgd. [25]

Nu deze discussie zich buiten het bereik van dit artikel afspeelt, laat ik het hierbij en stap over naar een bespreking van twee van de aan de rechter voorgelegde vraagstukken. De eerste kwestie betreft de uitsluiting van belastingschulden. Op een aantal punten zal mijn weergave wellicht een déjà vu-gevoel oproepen bij de lezers. Ik heb voor dit uitgebreide beeld gekozen, omdat alleen daaruit de veranderende verdediging van een wisselvallige wetgever blijkt. De tweede zaak betreft de eveneens actuele vraag over het eventuele verband tussen verliesverrekening, overgangsregels en het eigendomsrecht.

3 Uitsluiting van belastingschulden en -vorderingen

In art. 5.3 Wet IB 2001 is geregeld dat bij het bepalen van de rendementsgrondslag geen rekening wordt gehouden met al dan niet rechtens bestaande verplichtingen op grond van in Nederland geldende fiscale wetgeving. [26] Binnen de categorie schulden wordt dus een scherpe lijn getrokken tussen enerzijds de in aftrek toegelaten privaatrechtelijke schulden, publiekrechtelijke retributies en buitenlandse belastingschulden en anderzijds de formele en materiële binnenlandse belastingschulden die volledig buiten de rendementsgrondslag worden gehouden. Voor latente belastingschulden heeft deze uitsluiting overigens geen effect. Deze potentiële schulden ontberen een waarde in het economisch verkeer en kunnen daarom niet als schuld in box 3 in aanmerking komen. [27]

Pendant van deze schulduitsluiting is het slot van lid 2 van art. 5.3 Wet IB 2001, waarin is bepaald dat belastingvorderingen evenmin tot de bezittingen worden gerekend. Beide wettelijke uitsluitingen creëren een ongelijkheid met 'gewone' schulden en vorderingen. Bovendien heeft de keuze van de wetgever onbillijke effecten op het gebied van de successieën schenkingsheffing. De verkrijging zelf behoort immers bij de erfgenamen of begunstigten per ultimo van een kalenderjaar voor het volledige bedrag tot de rendementsgrondslag [28], maar de daarover verschuldigde belasting mag niet als schuld in aanmerking worden genomen. Ten aanzien van de uitsluiting van formele en materiële belastingschulden in box 3 zou ik dan ook kort kunnen zijn. Fiscaaljuridische schrijvers constateren immers nagenoeg unaniem - zij het in verschillende toonaarden - dat deze uitsluiting onbegrijpelijk, onrechtvaardig, onlogisch en onwenselijk is. Toch lijkt deze bepaling rotsvast verankerd te zijn in de fiscale wetgeving.

3.1 De keuze van de wetgever

Aanvankelijk verwoordt de wetgever de uitsluiting van belastingschulden en -vorderingen als een maatregel die in belangrijke mate administratieve lasten en uitvoeringslasten voor zowel burgers als Belastingdienst inperkt: "Het voorkomt ingewikkelde herberekeningen van 'oude' belastingschulden en beperkt tevens het risico van procedures." [29]

Hoewel de wetgever erkent dat het negeren van belastingschulden nadelig kan zijn voor belastingplichtigen, wordt dit effect gecompenseerd doordat het eveneens negeren van belastingvorderingen voordelig kan zijn. In de ogen van de wetgever is de uitwerking van de desbetreffende bepalingen "op zichzelf gezien evenwichtig". [30] Deze dubbele heffing die optreedt als een erfrechtelijke verkrijging en volledig tot de rendementsgrondslag moet worden gerekend, terwijl de daarover verschuldigde belasting niet als schuld in aanmerking kan worden genomen, wordt bewust aanvaard door de wetgever: "Verzoeken waarbij door middel van toepassing van de hardheidsclausule wordt gevraagd om toch met belastingschulden rekening te houden bij de bepaling van de rendementsgrondslag, zullen worden afgewezen." [31]

Deze strenge maar consistente toepassing van de wettelijke uitsluiting wordt verzacht door een in oktober 2005 gepubliceerd goedkeurend besluit: als vóór 1 oktober van een jaar een voorlopige aanslag is aangevraagd die niet tijdig is opgelegd en dus niet voor de eindepeildatum betaald kan worden, mag deze belastingschuld toch in aftrek worden gebracht. [32]

Impliciet vloeit hieruit voort dat de administratieve last van het in aanmerking nemen van belastingschulden kennelijk geen onneembare horde vormt. Ook uit het Evaluatierapport van de belastingherziening 2001 spreekt begrip voor de als onrechtvaardig beleefde uitsluiting van belastingschulden:

“Het praktische en theoretische (onderstrepings SD) voordeel van de uitsluiting van successierechtschulden (en -vorderingen) weegt niet op tegen de verstoring van de economische werkelijkheid die ontstaat doordat de rendementsgrondslag wijzigt afhankelijk van de vraag of op de peildatum een aanslag is voldaan.” [33]

Het veronderstelde ‘theoretische’ voordeel van de uitsluiting vormt een nieuw element in de motivering, maar wordt niet nader toegelicht. De belastingplichtige ligt niet wakker van dit manco, want de wetgever kondigt zonder enige vorm van voorbehoud aan dat een regeling zal worden uitgewerkt “waarbij belastingschulden en -vorderingen in de rendementsgrondslag zullen worden betrokken”. [34] De eerste terugtrekkende beweging doet zich voor wanneer deze toezegging krimpt tot een regeling die slechts ziet op *bepaalde* (cursivering SD) belastingschulden en -vorderingen. [35] De gedane geste betreft kennelijk alleen successierechtschulden en -vorderingen.

In 2006 herhaalt de wetgever zijn toezegging dat op het punt van de betwiste bepaling tot een wetswijziging zal worden overgegaan. De wetgever verweert zich wel tegen de opvatting dat hij bij de vormgeving van de rendementsgrondslag buiten zijn ‘*wide margin of appreciation*’ zou zijn getreden door de volledige uitsluiting van een - in casu materiële - successierechtschuld. [36] Het oordeel van de wetgever dient immers geëerbiedigd te worden, tenzij dat van redelijke grond ontbloomt is. [37] Daarvan zou geen sprake zijn, nu uit de wetsgeschiedenis in voldoende mate zou blijken wat de praktische problemen zijn bij de vaststelling van belastingschulden. [38] Deze ‘problematische vaststelling’ geldt volgens de wetgever ook voor belastingschulden die geformaliseerd zijn in een aanslag vanwege de mogelijkheid van bezwaar als gevolg waarvan de belastingschuld alsnog kan worden aangepast. “Op dit punt verschillen belastingschulden zeer nadrukkelijk van andere civielrechtelijke schulden.” [39]

Zo al sprake zou zijn van gelijke gevallen, dan nog geldt volgens de wetgever een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid. De wetgever herhaalt daarbij de argumenten die in een soortgelijke procedure door de advocaat-generaal zijn aangevoerd:

- De keuze voor een afwijkende behandeling van materiële successierechtschulden is niet van een redelijke grond ontbloomt, omdat de omvang van de nalatenschap - en daarmee de aanslag successierecht - lastig te bepalen zou zijn.
- Ook voor de uitsluiting van formele schulden is een redelijke grond aanwezig: een belastingplichtige heeft immers de aanslagbiljetten die op zijn naam uitstaan niet op te zoeken en evenmin na te gaan wat al betaald is op die aanslagen.
- De uitvoering voor de Belastingdienst wordt vereenvoudigd, omdat een controle op gemeentelijke heffingsschulden achterwege kan blijven.
- Uitsluiting van aftrek van formele belastingschulden voorkomt het listig uitlokken van onjuiste zeer hoge voorlopige aanslagen in de IB louter om de grondslag voor box 3 te verminderen. [40]

Ook in het jaar 2007 geeft de staatssecretaris aan nog steeds de wet te willen wijzigen. Uit antwoorden op Kamervragen blijkt echter dat hij de gesignaleerde onbillijkheid van de schulduitsluiting wenst te nuanceren: zolang de belastingaanslag niet is opgelegd, heeft de belastingplichtige nog steeds de beschikking over het volledige vermogen, inclusief het voor de belastingaanslag gereserveerde bedrag. Over dit bedrag wordt gewoon rente of dividend ontvangen, merkt de staatssecretaris op:

“In het geval van successieschulden (...) wordt overigens geen heffingsrente berekend terwijl het gereserveerde vermogen voor de materiële belastingclaim wel rendeert. Dit leidt ertoe dat het uitsluiten van deze belastingschuld in box 3 niet zo onbillijk is als wordt voorgesteld.” [41]

Het vermoeden rijst dat de eerder geconstateerde terugtrekkende beweging slechts de voorbode is van een algehele aftocht. Dat deze bange gedachte juist is, blijkt als de eerdere toezegging tot wetswijziging terugzakt tot de belofte een schrijven te richten tot de Tweede Kamer. In de beloofde brief zal de wetgever dieper ingaan op heffingsaspecten van box 3. [42]

Daarbij zal ook de kwestie van belastingschulden en -vorderingen worden aangestipt. Papier blijkt en blijft geduldig. De ommekeer van de wetgever wordt later bevestigd:

“Zoals tijdens het genoemde algemeen overleg is aangegeven zijn aan een dergelijke wijziging niet alleen budgettaire effecten verbonden, maar wordt een en ander ook ingewikkelder. Een dergelijke wijziging kan in ieder geval niet eerder dan per het belastingjaar 2010 door de Belastingdienst worden uitgevoerd. Ik hecht er daarom aan om in de genoemde brief alle voor- en nadelen uit te schrijven en op basis daarvan met uw Kamer de afweging te maken of en in hoeverre (onderstreping SD) het wenselijk is belastingschulden in aanmerking te nemen.” [43] De ruim tweeënhalf jaar eerder geuite belofte tot wetswijziging lijkt voorgoed van de baan. In hetzelfde schrijven wordt immers opgemerkt dat de budgettaire derving van het amendement Remkes waarin wordt voorgesteld om successierechtschulden en -vorderingen mee te nemen in box 3, wordt geraamd op € 14 miljoen. [44] Met deze cijfers nuanceert de wetgever de door hem gepropageerde ‘evenwichtigheid’ van de uitsluiting van zowel belastingschulden als -vorderingen. Overigens houdt deze raming in dat de groep belastingplichtigen die daadwerkelijk vermogensrendementsheffing betaalt, op de peildata maar liefst € 350 miljoen openstaande successierechtschulden zou hebben. Via een glijdende schaal hebben budgettaire gronden het primaat van de eerder gepropageerde doelmatigheid vervangen.

3.2 Discussie

Bij de argumentatie van de wetgever kan een aantal kanttekeningen worden geplaatst. Vooropstaat dat Nederlandse belastingschulden - ondanks hun publiekrechtelijke karakter - gelijk zijn aan elke andere schuld in box 3. Van privaatrechtelijke schulden onderscheiden ze zich alleen door hun fiscale karakter. Aangezien beide categorieën schulden het vermogen van een belastingplichtige bepalen en dus van invloed zijn op de mate waarin de belastingplichtige een (fictief) rendement kan genieten, zijn het rechtens gelijke gevallen. [45] De bij belastingschulden bestaande mogelijkheid om bezwaar of beroep aan te tekenen, doet daaraan niet af. Deze rechtsmiddelen zijn weliswaar anders van aard dan de mogelijkheden een civielrechtelijke schuld te betwisten, maar dit onderscheid is rechtens evenmin van belang. Het zogenoemde jojo-effect waardoor de daadwerkelijke omvang van een belastingschuld kan afwijken van een eerder in aanmerking genomen waarde, kan immers ook optreden bij de betwisting van privaatrechtelijke schulden. Bovendien gelden de bezwaar- en beroepsmogelijkheden evenzeer in de situatie dat een formele belastingschuld middels (voorlopige) aanslagen inmiddels (deels) is voldaan. De gevreesde schommelingen in de omvang van de rendementsgrondslag kunnen zich ook dan voordoen. Overigens mag niet uit het oog worden verloren dat het niet kunnen repareren van een achteraf geconstateerde ‘onjuiste’ waarde van een vermogensbestanddeel rechtstreeks voortvloeit uit de door de wetgever gekozen peildatumsystematiek in box 3. De waarde van een belastingschuld of -vordering moet dus worden bepaald op basis van de werkelijke toestand op de peildata, rekening houdend met alle dan bekende, relevante omstandigheden. [46] Uitgaande van de constatering dat sprake is van gelijke gevallen zal een afdoende rechtvaardiging moeten gelden voor de ongelijke behandeling van formele en materiële binnenlandse belastingschulden. Voor materiële successierechtschulden kan deze rechtvaardiging niet wortelen in de veronderstelling dat de omvang van een nalatenschap lastig te bepalen zou zijn: van de belastingplichtige wordt immers verwacht dat hij alle tot deze nalatenschap behorende bezittingen tot zijn grondslag rekent. Uit de aldus bepaalde omvang van de nalatenschap blijkt vrij eenvoudig ook de hoogte van de successierechtschuld. Dit argument kan daarmee terzijde worden geschoven, net als de vondst dat een belastingplichtige - zolang de belastingaanslag nog niet is opgelegd - nog de beschikking heeft over zijn volledige vermogen. Dit potentieel renderende vermogen is immers ook aanwezig indien sprake is van een openstaande buitenlandse belastingschuld of van een nog niet afgeloste privaatrechtelijke verplichting. Beide laatstgenoemde schuldcategorieën komen echter wel in mindering op de rendementsgrondslag. Bovendien zal het potentiële rendement van het ter beschikking staande vermogen bij de meeste belastingschulden direct gecompenseerd worden door de over deze schuld te betalen heffings- of invorderingsrente. Ook de doelmatigheidsargumenten voor de uitsluiting van formele belastingschulden zijn twijfelachtig. Weliswaar behoeft een belastingplichtige momenteel geen aanslagbiljetten te zoeken en evenmin na te gaan wat daarop al betaald is, maar deze administratieve queeste geldt evenzeer voor alle andere tot de grondslag behorende verplichtingen. Gezien de sancties

die rusten op een niet-tijdige betaling van belastingschulden, acht ik het aannemelijk dat de administratie in dergelijke kwesties beter op orde zal zijn dan de bewaring van polisbescheiden, banksaldi of effectenoverzichten. Met de komst van de vooringevulde belastingaangifte verliest het argument sowieso het (resterende) terrein: de Belastingdienst kan dan zelf fungeren als gegevensverstrekker.

Voorts voert de staatssecretaris aan dat voor de Belastingdienst een vereenvoudiging zou optreden als controle op gemeentelijke heffingschulden achterwege kon blijven. Dit argument oogt niet alleen als een cirkelredenering, dat is het ook. Een ongelijke behandeling van gelijke gevallen kan niet gerechtvaardigd worden door te wijzen op het controlevoordeel, nu het van de grondslag uitsluiten van lastig toetsbare buitenlandse belastingschulden of privaatrechtelijke schulden eveneens tot minder controle leidt. [47] Ook de fraai verwoorde verwijzing naar het gevaar van listige uitlokking van zeer hoge voorlopige aanslagen teneinde de grondslag in box 3 te verminderen, overtuigt niet als motief voor de schulduitsluiting. Een soortgelijke angst bestond ten aanzien van 'het sparen bij de fiscus', waarover opzettelijk uitgelokte te hoge belastingaanslagen een (zeer) hoge rente werd vergoed. In antwoord op Kamervragen antwoordde de staatssecretaris dat deze manipulaties nauwelijks voorkwamen, zodat nadere actie niet benodigd was. [48]

Bovendien heeft de wetgever door het aanbrengen van een ondergrens aan de grondslag van box 3 een meer dan afdoende drempel ingebouwd om een overenthousiast gebruik van al dan niet uitgelokte verplichtingen te verhinderen.

Uiteindelijk houdt het doelmatigheidsargument slechts stand ten aanzien van de materiële belastingschuld over het box 3-inkomen van een lopend jaar: alleen dan is sprake van lastige berekeningen als gevolg van elkaar wederzijds beïnvloedende factoren. Het beperken van de uitsluiting tot deze schuldsoort vormt - zowel praktisch als theoretisch - de beste oplossing. Op die wijze wordt bovendien aangesloten bij de praktijk van de Wet VB 1964, een van de voorlopers van de Wet IB 2001.

3.3 De mantra van de Hoge Raad

De huidige uitsluiting van alle belastingschulden is in een aantal situaties voor de rechter gebracht. In een recente procedure stond de werkwijze van de Belastingdienst centraal. [49] De belanghebbende had via een zogenoemde so-disk in juli 2004 opgave gedaan van de door hem geschatte verschuldigde inkomstenbelasting over dat jaar. Deze opgave leidt in 2004 niet tot het opleggen van een voorlopige aanslag. Het beroep van belanghebbende op het vertrouwensbeginsel faalt, omdat de so-disk geen verzoek is om een voorlopige aanslag als bedoeld in het Besluit van 21 januari 2005. [50] Desalniettemin oordeelt Hof Leeuwarden dat de Belastingdienst in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehandeld door niet binnen afzienbare tijd een voorlopige aanslag over het jaar 2004 op te leggen. In volstrekt heldere bewoordingen wijst het hof op het falen van het geautomatiseerde systeem van de Belastingdienst, de volledige afwezigheid van een belangenafweging aan de zijde van de Belastingdienst en de onevenredig nadelige gevolgen daarvan voor de belanghebbende:

"Dit brengt mee dat de inspecteur (...) de rendementsgrondslag in box 3 had behoren te verminderen met de inkomstenbelastingsschuld, zoals die volgde uit de gegevens op de so-disk, door deze met analoge toepassing van het (...) besluit als betaald aan te merken." [51]

Het zorgvuldigheidsbeginsel dwingt de Belastingdienst zodoende om toch rekening te houden met een belastingschuld in box 3.

Het gelijkheidsbeginsel kan (nog) niet bogen op een dergelijk succes. Met betrekking tot de wettelijke uitsluiting van belastingschulden verwerpt de Hoge Raad in een viertal zaken het beroep op de nondiscriminatiebepalingen van art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR [52] [53] Het betrof steeds een materiële belastingschuld: één zaak zag op de in box 1 verschuldigde belasting, de overige zaken betroffen successierechtschulden voortvloeiend uit erfrechtelijke verkrijgingen. In een van die zaken bleek ook de 'ruwe' werking van de peildatumsystematiek: hoewel de belastingplichtige slechts gedurende een week de beschikking had over het vermogen uit de nalatenschap, werd effectief een heffing voor zes maanden in aanmerking genomen. Overigens oordeelde de Hoge Raad dat de door de inspecteur toegepaste tijdsgerelateerde herleiding terecht werd toegepast. [54]

Met betrekking tot de ruwheid van de uitsluiting van belastingschulden bleek met name Hof Amsterdam niet enthousiast over de rechtvaardiging van de wetgever voor de uiteenlopende behandeling van successierechtschulden: *"Wat er zij van deze rechtvaardigingsgronden met*

betrekking tot de inkomstenbelasting over enig jaar waarbij 'ingewikkelde berekeningen' denkbaar zijn, een 'jojo-effect' kan optreden, er sprake kan zijn van 'elkaar wederzijds beïnvloedende grootheden' en mogelijk 'evenwicht' bestaat tussen belastingschulden en vorderingen, deze gelden niet (of nauwelijks) voor het successierecht." [55]

Belanghebbende heeft dus gelijk, maar krijgt het niet. Hof Amsterdam besluit immers niet te voorzien in het geconstateerde rechtstekort nu de staatssecretaris had aangegeven de huidige wettelijke regeling ten aanzien van successierechtelijke schulden te willen aanpassen. Het hof kon toen nog niet bevroeden dat deze belofte zou verworden tot de nu toegezegde brief. In cassatie concludeert de Hoge Raad echter dat het niet in aftrek toestaan van een materiële successierechtsschuld geen verboden discriminatie oplevert en schuift daarmee de conclusie van Hof Amsterdam terzijde. [56] De Hoge Raad motiveert dit oordeel met een verwijzing naar eerdere jurisprudentie. In deze 2 maartarresten had de Hoge Raad de uitsluiting van materiële belastingschulden gesanctioneerd onder verwijzing naar het uit de wetsgeschiedenis blijken risico op bewerkelijkheid en conflictgevoeligheid van de rendementsgrondslag. [57] Daarbij werd geoordeeld dat de wetgever binnen de hem toekomende beoordelingsmarge was gebleven: de wetgever krijgt van de Hoge Raad immers een ruime beoordelingsvrijheid, vooral als de ongelijke behandeling van gelijke gevallen op doelmatigheidsoverwegingen is gebaseerd. [58]

Uit deze procedures blijkt dat de Hoge Raad de vraag of sprake is van gelijke gevallen niet los ziet van de vraag of een objectieve en redelijke rechtvaardiging aanwezig is voor een door de wetgever gemaakt onderscheid. De Hoge Raad slaat de eerste stap overigens wel vaker over en richt zich bij de beoordeling of sprake is van gelijke gevallen dan vrijwel meteen op de rechtvaardiging van het betwiste onderscheid. [59] Ook in voornoemde zaak vermijdt de Hoge Raad de vraag of sprake is van gelijke gevallen, hoewel deze kwestie door twee gerechtshoven tegengesteld beoordeeld was. De Hoge Raad merkt enigszins verhuuld op:

"Gelet op het hiervoor in 3.1 overwogene ontbeert het middel belang voorzover het zich keert tegen het oordeel van het Hof dat personen met belastingschulden met het oog op de bepaling van de rendementsgrondslag niet in dezelfde situatie verkeren als personen met andersoortige schulden." [60]

De Hoge Raad signaleert weliswaar dat de aangevoerde rechtvaardigingen niet alle in dezelfde mate gelden voor iedere soort van belastingschuld en erkent daarmee dat de uitvoeringsargumenten van de wetgever niet in elke situatie even valide zijn. Een daadwerkelijke toetsing van de argumenten blijft echter achterwege. Evenmin wordt duidelijk of de rechter ook de formele belastingschulden in deze uiteenzetting wil betrekken: de voorgelegde zaken zien immers slechts op materiële schulden. Een aanwijzing voor deze (te) ruime werking kan echter worden gevonden in de opmerking van de Hoge Raad dat het verdragsrechtelijke verbod van discriminatie niet vereist dat zodanig uitgewerkte regelingen worden getroffen dat elke ongelijkheid of onevenredigheid in elke denkbare situatie wordt vermeden. [61] Ook het Europese Hof overwoog dat een werkbaar fiscaal rechtssysteem ruime categorieën vereist:

"The implementation of any such scheme must, inevitably, create marginal situations and individual cases of apparent hardship or injustice, and its primarily for the State to decide how best to strike the balance between raising revenue and pursuing social objectives." [62]

De keuze van de wetgever dient dan ook gerespecteerd te worden *"unless it is manifestly without reasonable foundation"*. Zoals Happé opmerkt, brengt dit criterium met zich mee dat zelfs uiterst zwakke wetgeving de rechterlijke toets kan doorstaan. [63] Die observatie geldt ook hier, aangezien het parlement in deze kwestie genoeg heeft genomen met een ondeugdelijk onderbouwde keuze van de wetgever. Wie zijn belasting niet kan betalen als gevolg van de min of meer toevallige omstandigheid dat de inspecteur op de peildatum een aanslag heeft opgelegd [64], verarmt fiscaal evenzeer als degene die deze belastingschuld wel tijdig kon betalen of de belastingplichtige die een privaatrechtelijke schuld heeft. De fiscale behandeling van belastingschulden in box 3 is daarmee strijdig. De mijns inziens onterecht gebleken redenen van eenvoud of doelmatigheid verdienen een kritischer benadering dan de Hoge Raad in vorenstaande situaties heeft toegepast. Dat plaatst deze uitspraken in de categorie *'legal but unfair'*. [65]

4 Het (ontbrekende) overgangsrecht

Overgangsregels dienen te bewerkstelligen dat nieuwe fiscale regelgeving (nog) niet (volledig)

zou gelden voor bestaande gevallen. Ondanks de enorme impact die de Wet IB 2001 had en heeft voor de genietters van vermogensinkomsten, komen zij er in het overgangsrecht enigszins bekaaid van af. Van de 78 overgangsmaatregelen die de Invoeringswet Wet IB 2001 telt, zien slechts zeven bepalingen op vermogensbestanddelen in box 3. [66] Een blik op deze bescheiden dosis overgangsrecht toont het belang van belangengroeperingen: bij de wisseling van de wacht is de wetgever vooral tegemoetgekomen aan groene beleggers en de bezitters van kapitaalverzekeringen. [67] Ook voor de genietters van lopende en uitgestelde rentetermijnen is overgangsrecht getroffen, zij het dat deze regelingen eenzijdig gericht zijn op het dreigende lek dat aan heffingszijde zou kunnen ontstaan doordat met de Wet IB 2001 het reële stelsel is verlaten. Het overgangsrecht voor de betaling van lopende en uitgestelde rentetermijnen van schulden ontbreekt evenwel. [68] Hoewel het concrete belang van voornoemd overgangsrecht tanende is, is recent een aantal uitspraken gepubliceerd waarin het (gebrek aan) overgangsrecht centraal staat. Deze procedures zijn niet verwonderlijk. Juist omdat overgangsrecht ten onrechte vaak een restpost vormt, dreigt daardoor het gevaar dat essentiële waarden, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, worden geschonden. [69] Ook dient bij het treffen van overgangsmaatregelen te worden voorkomen dat een ongelijke behandeling zou plaatsvinden van belastingplichtigen die in gelijke omstandigheden verkeren. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel werd echter verworpen ten aanzien van de belastingheffing inzake een lopende rentetermijn. Hof Amsterdam oordeelde dat bij deze overgangsbepaling geen sprake was van een ongelijke behandeling van inkomensgenietters, noch ten opzichte van belastingplichtigen die in het jaar 2000 waren geëmigreerd, noch ten aanzien van dividendgenietters. [70]

4.1 Art. 1 EP jo. art. 14 EVRM

Een bijzondere vraag is of de afwezigheid van overgangsrecht ook strijdig kan zijn met het in art. 1 EP gewaarborgde recht op een ongestoord genot van eigendom. Deze waarborg kan evenwel terzijde worden geschoven in het algemeen belang, waaronder het heffen van belastingen valt. Het eigendomsrecht is derhalve een voorwaardelijk recht. Ook bij de bescherming van dit eigendomsrecht gunt het EHRM de wetgever een zeer ruime marge, zeker indien het belastingzaken betreft. Een onmiddellijke inwerkingtreding van een wetswijziging wordt dan ook niet strijdig geacht met art. 1 EP, zelfs niet als de wetswijziging ook van toepassing blijkt op reeds bestaande situaties, zoals bleek in de zaak *M.A. tegen Finland*. [71] Uit de ontvankelijkheidsverklaring van het EHRM in deze zaak blijkt overigens dat invoering van belastingwetgeving zonder eerbiedigende werking of van belastingwetgeving met terugwerkende kracht wel degelijk strijdig kan zijn met art. 1 EP. Die strijdigheid treedt op als uit de specifieke omstandigheden van de situatie blijkt dat bij het getroffen overgangsrecht - of het ontbreken daarvan - de 'fair balance' tussen de betrokken belangen zoek is. Dat gold niet ten aanzien van de per 1 januari 2001 abrupt beëindigde mogelijkheid tot aftrek van rente ter financiering van de blote eigendom van een door de ouders bewoond pand. [72] Hof Den Bosch nam het standpunt in dat de enkele hoop of verwachting dat een wettelijke regeling ongewijzigd blijft, nimmer een te beschermen recht van eigendom zou kunnen vormen in de zin van art. 1 EP. [73] In de voorgelegde situatie zou slechts sprake zijn van de regulering van belastingheffing met betrekking tot de eigendom van de onroerende zaak, niet van de ontneming daarvan. Helaas mijdt de Hoge Raad een uitspraak over deze discussie evenwel en gaat in zijn oordeel uitsluitend in op de vraag of in casu aan het vereiste evenwicht tussen de eisen van het algemene belang en het individuele belang is voldaan: "Bij de beoordeling van de vraag of een staat aan dit vereiste heeft voldaan dient echter een 'wide margin of appreciation' aan die staat te worden toegekend, zeker indien het belastingmaatregelen betreft." [74] De klacht wordt verworpen.

Ook bij fiscaal overgangsbeleid heeft de wetgever dus een zeer ruime beoordelingsvrijheid. Strijdigheid met art. 1 EP kan slechts ontstaan als het fiscale overgangsrecht of het ontbreken daarvan zou resulteren in wetgeving die vanwege het confisquerende karakter een buitensporig hoge last zou leggen op een belastingplichtige of als deze fiscale maatregelen zouden leiden tot onredelijke, disproportionele lasten. [75] Door de daaruit blijkende zware bewijslast is het slagingspercentage van een rechterlijke procedure miniem. Desondanks werd de mogelijke strijdigheid van het overgangsrecht inzake de verrekening van IB 1964-verliezen met art. 1 EP voorgelegd aan de rechter. Het geschil betreft de belastingaanslagen over de jaren 2001 en

2003 van een in Italië woonachtige buitenlands belastingplichtige die op 1 januari 2001 beschikt over verrekenbare verliezen uit de jaren 1999 en 2000. [76] Aangezien de belanghebbende na 1 januari 2001 uitsluitend box 3-inkomen in Nederland geniet, kunnen deze verliezen niet worden verrekend. Tegen dit onrecht verweert belanghebbende zich met een beroep op diverse verdragen. Kern van het betoog is dat sprake zou zijn van schending van het gemeenschapsrecht gezien de veronderstelde (indirecte) discriminatie naar nationaliteit. [77] Daarnaast wordt schending van het verdragsrecht aangevoerd en een beroep gedaan op art. 1 EP vormt het slotakkoord. Op dit laatste element wil ik kort ingaan. Overigens heeft de Hoge Raad belanghebbende op alle door hem aangevoerde punten in het ongelijk gesteld.

4.2 De keuze van de wetgever

De overgang van een synthetisch naar een analytisch stelsel heeft uiteraard ook een weerslag op de mogelijkheden voor verticale verliesverrekening. Uit onderdeel W Invoeringswet Wet IB 2001 volgt dat onverrekend gebleven IB 1964-verliezen gelijk worden gesteld met verliezen in box 1. Deze fictie betekent dat de 'oude' verliezen uitsluitend verrekend kunnen worden met inkomen dat in box 1 wordt genoten. Ter motivering van deze keuze merkt de wetgever op: *"Het (...) geldt derhalve ook voor verliezen die zijn voortgevloeid uit vermogensinkomsten. Deze inkomsten kennen onder de Wet op de inkomstenbelasting 1964 immers geen eigen regime. (...) Door de verrekening tot inkomen uit werk en woning te beperken, is de regeling praktisch eenvoudig uitvoerbaar en voor veruit de meeste belastingplichtigen ook het voordeligste."* [78] Tijdens de parlementaire behandeling is door de wetgever erkend dat deze beperkte verliesverrekening in individuele situaties tot gevolg kan hebben dat de verliezen niet meer verrekenbaar zijn. Dit wordt gezien als een logisch voortvloeisel van de gemaakte (pragmatische) afwegingen en "zal naar verwachting tot uitzonderingssituaties beperkt blijven". [79]

4.3 Discussie

De destijds door de wetgever gemaakte keuze om alle verliezen fictief te bestempelen tot box 1-resultaten voorkomt een nauwkeurige kwalificering van 'oude' verliezen en heeft daarom de charme van de eenvoud. Die doelmatigheid onderschrijf ik. Ik betwijfel evenwel of de inschatting dat de gekozen systematiek voor het merendeel van de belastingplichtigen voordelig is, een afdoende rechtvaardiging kan vormen voor de ontstane ongelijke behandeling. Voor de belanghebbende in de hiervoor vermelde procedure die zich daadwerkelijk in deze uitzonderingspositie bevindt, blijkt de systematiek bijzonder nadelig. Door het ontbreken van een box 1-inkomen verdampen immers zijn verliezen. Dit onrecht bestrijdt hij onder meer met een beroep op art. 1 EP. In de literatuur is immers verdedigd dat ook het recht op verliesverrekening binnen de reikwijdte van dit artikel valt, omdat het een vermogensrecht zou vormen voor degene die het verlies heeft geleden. [80] Een inbreuk op dat recht zou dan ontoelaatbaar zijn indien en voor zover een niet te voorziene beperking gezien kan worden als een vorm van terugwerkende kracht. Nu de jurisprudentie van het EHRM nog geen uitsluitsel geeft over deze visie, biedt de voorgelegde zaak een fraaie gelegenheid om deze ruime visie op het eigendomsrecht te toetsen.

4.4 De mantra van de advocaat-generaal

Helaas laat de advocaat-generaal in zijn conclusie bij deze zaak in het midden of het recht op verliesverrekening inderdaad als eigendom onder het bereik van art. 1 EP valt. Hij stapt over deze kwestie heen, omdat volgens hem een schending van het eigendomsrecht ontbreekt. De eventuele terugwerkende kracht die in deze overgangsmaatregel schuilt, is immers niet van dien aard dat van een schending sprake zou kunnen zijn. Hij motiveert dit standpunt door te wijzen op de M.A.-zaak waaruit een (zeer) ruime beoordelingsvrijheid van de wetgever volgt: *"Ik wijs met name op zinsneden als 'the Court will respect the legislature's assessment in such matters unless it is devoid of reasonable foundation' (...) en 'the legislation was not such as to amount to confiscatory taxation or of such a nature as could deprive the legislation of its character as a tax law'."* [81]

De keuze en de afweging die de wetgever heeft gemaakt, acht hij niet "devoid of reasonable

foundation” of “unreasonable”, aangezien deze tot doel heeft een complexe regeling voor verliesverrekening en dus hogere uitvoeringslasten te voorkomen. Alleen al om die reden dient de rechter deze keuze van de wetgever te eerbiedigen. In zijn conclusie verwerpt hij daarom dit beroep van belanghebbende. De Hoge Raad volgt dit advies op, maar hult zich eveneens in nevelen ten aanzien van de essentiële vraag of een aanspraak op verliesverrekening kan worden aangemerkt als een eigendom in de zin van art. 1 EP:

“Indien al de aanspraak op verliesverrekening kan worden aangemerkt als een eigendom in de zin van deze verdragsbepaling, dan kan toch niet worden gezegd dat de wetgever door de beperking van dat recht op de vorenomschreven wijze daarop een ongeoorloofde inbreuk heeft gemaakt.” [82]

Ook hier slaat de Hoge Raad dus een essentiële stap in het toetsingsmodel over en wordt de mantra van de ruime beoordelingsvrijheid van de wetgever in stelling gebracht.

5 Intermezzo

De ruime beoordelingsvrijheid die een nationale wetgever in fiscale aangelegenheden krijgt toebedeeld door advocaat-generaal en Hoge Raad is terecht: een ‘*wide margin of appreciation*’ is noodzakelijk voor het ontwerp van een praktisch uitvoerbaar en voor iedereen toegankelijk fiscaal systeem. Ik kan ook instemmen met de gedachte dat in dergelijke kwesties sprake is van een soort premisse dat een door de wetgever gekozen oplossing die door het parlement aanvaard is binnen deze ruime beoordelingsvrijheid blijft. Uit die veronderstelling vloeit voort dat in beginsel een belanghebbende zal moeten aantonen dat de toepassing van fiscale regels in zijn situatie leiden tot een zodanig onredelijke, niet meer te rechtvaardigen effect dat de ruime beoordelingsvrijheid van de wetgever overschreden is. In alle hiervoor beschreven zaken is deze verdeling van de bewijslast ook op deze wijze toegepast. Toch dient deze bewijslastverdeling ingeperkt te worden, zoals terecht wordt opgemerkt in de gezamenlijke ‘*dissenting opinion*’ van de rechters Bonello en Garlicki:

“In our opinion, once an applicant is able to demonstrate that the way in which the tax legislation was applied created a situation of apparent hardship or injustice, the onus shifts towards the Government, who must then show that there were good reasons for their actions. Furthermore, if our Court decides to accept that such a situation of apparent hardship or injustice remains compatible with the Convention standards, it must give a full explanation (onderstreping SD) as to how it applied the ‘margin of appreciation’ concept.” [83]

Deze noodzakelijke nuanceringshoudt in dat noch de wetgever, noch de rechter kan of mag volstaan met de enkele verwijzing naar deze ruime beoordelingsvrijheid. Toch blijkt ook uit de hiervoor besproken jurisprudentie dat de rechter veelvuldig gebruikmaakt van dit mantra, vooral in zaken waarin fiscale regelgeving wordt getoetst aan fundamentele rechten, zoals het gelijkheidsbeginsel en het eigendomsrecht. Uitspraken waarin de Hoge Raad zijn bevindingen over onevenwichtige en daardoor vaak onrechtvaardige regelgeving uitgebreid aan het papier toevertrouwt, zijn helaas schaars. Tussen de regels door moet worden gelezen wat de Hoge Raad bedoelt met zijn stilzwijgen over bijvoorbeeld het al dan niet vergelijkbaar zijn van situaties of over het moment waarop de ‘fair balance’ wordt overschreden. Nu een rechterlijke motivering niet alleen tot doel heeft uitleg te geven aan de betrokken partijen, maar ook, over hun hoofden heen, aan de samenleving, is een uitgebreide motivering noodzakelijk. [84] De motivering van rechtspraken zou daarom (opnieuw) een speerpunt moeten zijn op de fiscale agenda. Een ruimere onderbouwing van een fiscaal vonnis van de Hoge Raad draagt immers bij aan alle drie dimensies van legitimiteit van rechtspraak: het vertrouwen in, de tevredenheid over en de acceptatie van rechtspraak. [85]

6 De toekomst - bedreigingen en kansen

Het streven naar eenvoud van de wetgever heeft niet alleen zijn sporen nagelaten in de hiervoor besproken jurisprudentie. Het aanhoudende pleidooi voor eenvoud, doelmatigheid en administratieve lastenverlichting heeft ertoe geleid dat men het verschijnsel van de vermogensrendementsheffing inmiddels - weliswaar zuchtend - lijkt te accepteren. [86] Dat is een gevaarlijk punt. Elke al dan niet gerechtvaardigde inbreuk op rechtsbeginselen maakt een volgende inbreuk immers makkelijker. Net als een muur: als eenmaal een steen is losgewrikt, wordt het veel eenvoudiger de volgende stenen los te maken. Aanwijzingen voor verdere, mijns inziens onwenselijke, vereenvoudigingen in het fictieve stelsel van box 3 zijn er volop. Ook op

het gebied van waardering, hoewel de waarderingsmethodiek het enige element in box 3 vormt waarbij, zij het zijdelings, rekening gehouden kan worden met de draagkracht van belastingplichtigen. Een zorgvuldig toegepaste waardering is daarom essentieel. Toch heeft de wetgever voorgesteld om te onderzoeken of voor de waardering van alle onroerende zaken in box 3 voortaan kan worden aangesloten bij de WOZwaarde. [87] De WOZ-waarde van particulier verhuurde onroerende zaken kan echter aanzienlijk afwijken van de waarde in het economische verkeer, aangezien de Wet WOZ de fictie hanteert dat het pand 'vrij van huur op te leveren' is. Een voorgeschreven waardering op WOZ-waarde zou zodoende de invoering van een fictie binnen een fictie tot gevolg hebben. [88] Ook vanuit de literatuur zijn er signalen dat een verhoogde aandacht voor de waarderingsmethodiek in box 3 noodzakelijk is. Zo wordt bijvoorbeeld bepleit om bij de begunstigde de volledige waarde van een herroepelijke schenking in aanmerking te nemen in de rendementsgrondslag. Hoewel een dergelijke waardering niet strookt met de realiteit, zou deze fictie schattingsproblematieken kunnen voorkomen. [89] Een dergelijk gevaar van een voortschrijdende defiscalisering van (waardebepalende) elementen dreigt ook bij de bepaling van de economische waarde van het aandeel in een trust, vooropgesteld dat sprake is van een meer dan blote verwachting op uitkeringen daaruit. Als hierbij uitgegaan zou worden van de volledige waarde van het trustvermogen, worden ook dan elementen die voor de waardering relevant zijn ten onrechte uit de weging gelaten. [90] Te verwachten is dat ook het nieuwe speeltje van de wetgever, de vooringevulde aangifte, een aantal voorstellen voor verdere vereenvoudigingen binnen de waarderingstechniek van box 3 met zich mee zal brengen. Gelukkig zijn er ook hoopgevende geluiden. Ronduit positief ben ik over de mogelijkheden die schuilen in de uitlatingen van de staatssecretaris omtrent zijn nieuwe Wet schenk- en erfbelasting. Hij blijkt immers een vurig voorstander van het tot elkaar brengen van de economische realiteit en de fiscale werkelijkheid. Dat pleidooi zou ook moeten gelden voor terreinen buiten de Successiewet. [91] Bovendien blijkt hij de door hem bepleite defiscalisering in de nieuwe regelgeving uit te willen breiden tot situaties van vruchtgebruik. Terecht merkt hij op dat de economische positie van de bloot eigenaar vaak niet anders is dan die van iemand met een niet-opeisbare vordering, zeker indien de vruchtgebruiker interingsbevoegdheid heeft en dus alles mag opmaken. [92] Een uitbreiding van art. 5.4 Wet IB 2001 tot dit soort situaties kan dan niet meer uitblijven.

7 Tot slot

Zelfs als we genoeg zouden moeten nemen met de verlegenheidsoplossing die de vermogensrendementsheffing nu eenmaal is, dan nog is een keur aan verbeteringen mogelijk. Een betere aansluiting op de draagkrachtgedachte kan worden gevonden door invoering van meer tariefschijven en het toestaan van een negatieve grondslag, terwijl de invoering van meer peildata bij bepaalde vermogensovergangen en het opheffen van het fiscale onderscheid tussen schulden het gat tussen de fiscale en de economische realiteit aanzienlijk kan inperken. Uiteraard heeft iedere oplossing een ander budgettair kleurtje. Wellicht kan ook de beloofde brief van de staatssecretaris over de heffingsaspecten van box 3 licht werpen op deze zaken. Ik wacht, samen met u, op dit epistel. Ik ben geduldig, net als papier.

[1] Evaluatierapport "Breder, lager, eenvoudiger?" (hierna: Rapport), *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 375, nr. 1-2, p. 13.

[2] Ik verwijs kortheidshalve naar het in *NDFR* opgenomen literatuuroverzicht bij het Artikelsgewijze commentaar op art. 5.2 Wet IB 2001. Vording bestempelt deze kritiek als een uitgesproken harde aanval waarbij fiscale wetenschappers te vaak vanuit schuttersputjes geopereerd hebben. Zie H. Vording, "Op zoek naar criteria voor fiscale rechtvaardigheid", *Forfaitair* 2007/172.

[3] In het op 11 september 2003 gepubliceerde Nader rapport over de Miljoenennota 2004, nr. AFEP03-400, legt de wetgever voor het laatst een directe koppeling tussen de vermogensrendementsheffing en de term 'robuust'. Deze term wordt momenteel gereserveerd voor de aanduiding van de gewenste vormgeving van ICT-processen bij de Belastingdienst, zie *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 066, nr. 36. Dat geeft te denken.

[4] Deze algemeen geldende constatering is afkomstig uit het gastcollege dat staatssecretaris De

Jager op 14 april 2008 te Tilburg hield. Zie onder meer www.minfin.nl/nl/actueel/toespraken.

[5] L. Hornstra, *Psychologie van de belastingbetaler*, Leiden: Nederlandsche Uitgeversmij n.v. (jaartal onbekend), p. 45.

[6] Voorafgaand aan de invoering van box 3 bedroeg het gemiddelde rendement op aandelen 15,5%, zie Rapport, *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 375, nr. 1-2, p. 67. Kort na de inwerkingtreding van de Wet IB 2001 daalde dit rendement tot -24,1%.

[7] Vgl. de diverse onderzoeken van de Amerikaanse psycholoog John A. Bargh.

[8] S.M.H. Dusarduijn en J.L.M. Gribnau, "Vermogensrendementsheffing, vijf jaar later", in: A.C. Rijkers en H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, p. 519.

[9] Slechts 38% van de getelde zaken. De telling ziet op uitspraken over box 3 die in de periode van 1 januari 2002 tot en met 1 juli 2007 zijn gepubliceerd. De uitspraken van lagere en hogere rechters zijn daarbij 'ontdubbeld'. Hoewel de telling zorgvuldig is uitgevoerd, moet uiteraard deze uitkomst behoedzaam worden benaderd: ook cijfers zijn flexibel.

[10] HR 26 oktober 2007, nr. 42.527. De Hoge Raad volgt daarmee het oordeel van Hof Arnhem 8 juli 2005, zaaknr. 03/02416.

[11] Rb. Arnhem 10 november 2005, 05/01700.

[12] In gelijke zin R. Freudenthal, "Zo robuust, 't is onverteerbaar", *NTFR* 2006/1261.

[13] Belanghebbende klaagt in dit beroepschrift over het ontbreken van overgangsrecht inzake het bezit van de blote eigendom van een ouderlijke woning. Zie Hof Den Bosch 23 april 2004, 03/00707. Belanghebbende merkt nog op: "Het CDA wilde eerst wel een overgangsregeling en nu regeren ze en nu doen ze het niet meer."

[14] Hof Den Bosch 21 december 2005, 04/00018.

[15] Vgl. Hof Den Haag 24 april 2004, 03/01939, alsmede HR 9 mei 2008, nr. 43.408 (erfgenaam) en HR 9 mei 2008, nr. 43.318 (erflater).

[16] Bijv. HR 2 maart 2007, nr. 42.144.

[17] Hof Den Bosch 17 oktober 2007, 03/00503, concludeert dat het onthouden van het heffingvrij vermogen aan een buitenlands belastingplichtige geen verboden discriminatie vormt.

[18] Vgl. HR 7 december 2007, nr. 43.258 respectievelijk HR 27 juni 2008, nr. 42.790.

[19] Voor de zorgtoeslag geldt het verzamelinkomen (inclusief het fictieve rendement van box 3) als toetsinkomen. Het recht op de huurtoeslag vervalt wanneer het vermogen in box 3 uitstijgt boven de vermogensvrije voet van art. 5.5 en 5.6 Wet IB 2001.

[20] Zie o.m. CRvB 4 januari 2008, 06/5765 en 06/5766 WSF.

[21] Het discriminatieverbod van art. 14 EVRM bezien in samenhang met het algemener geformuleerde Twaalfde Protocol.

[22] Een dergelijke vliegbeweging is zeldzaam. Voor een wetenschappelijke onderbouwing van de aan deze vergelijking ten grondslag liggende veronderstelling verwijs ik naar G. Lelieveld die in haar scriptie "Gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur. De rechtspraak van de Hoge Raad van 1991 tot 2006 geanalyseerd", op basis van statistische gegevens aantoonde dat de Hoge Raad zich na het jaar 2001 veel terughoudender opstelt. Zie ook *Fisikaal* 2006/3, p. 15-20.

[23] Vgl. de kapiteling van P.J. Wattel die in zijn noot bij UNHRC 25 juli 2005, nr. 1192/2003, *BNB* 2005/349 meldt dat "art. 26 IVBPR en art. 14 EVRM gericht zijn tegen akeliger verschijnselen dan het gemis van een beetje fiscale aftrek". Overigens kan 'een beetje' aftrek voor een ander een aanzienlijk bedrag betekenen. Kwantiteit is een slechte toetssteen.

[24] UNHRC 25 juli 2005, nr. 1192/2003, *BNB* 2005/349.

[25] Zie verder M.W.C. Feteris, "Belastingen en mensenrechten", *MBB* 2008/02 en in het bijzonder voetnoot 77 waarin hij aangeeft dat de beslissing van UNHRC van 25 juli 2005 niet eenstemmig ontvangen is.

[26] Het betreft verplichtingen voortvloeiend uit de AWR of uit een belastingwet waarop deze AWR van toepassing is. Ook de met deze belastingaanslagen samenhangende heffingsrente, revisierente en invorderingsrente worden buiten beschouwing gelaten.

[27] Wet VB 1964 introduceerde voor bepaalde latente belastingschulden een uitbreiding op het schuldbegrip, vgl. lid 4 van art. 4 Wet VB 1964. Art. 5.3 Wet IB 2001 hanteert deze uitbreiding op het schuldbegrip niet.

[28] Terwijl de erflater kort daaraan voorafgaand het vermogen ook al tot de grondslag in box 3 heeft moeten rekenen, zie HR 9 mei 2008, nr. 43.318.

[29] De staatssecretaris meldt: "Onze benadering wordt met name ingegeven door doelmatigheidsoverwegingen en ons streven om de administratieve rompslomp terug te dringen", *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 727 en 26 728, nr. 115, p. 36.

[30] *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 746, nr. 5, p. 6 en 7.

[31] Punt 3.2 van het Besluit van 12 december 2003, nr. CPP2003/2145M dat inmiddels vanwege het

voorlichtende karakter is ingetrokken.

[32] Verzamelbesluit van 31 oktober 2005, Besluit CPP2005/1272M.

[33] Evaluatierapport, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 375, nr. 1-2, p. 74.

[34] Evaluatierapport *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 375, nr. 1-2, p. 79.

[35] *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 375, nr. 3, p. 3.

[36] Beroepschrift in cassatie rolnr. 43408, 17 oktober 2006, DGB 2006-5451, gericht tegen de uitspraak van Hof Amsterdam van 29 mei 2006, nr. 04/04678.

[37] De staatssecretaris verwijst naar de uitspraak van de Hoge Raad van 8 juli 2005, nr. 39.870, *BNB* 2005/310.

[38] Het beroepschrift meldt geen vindplaatsen van eventuele voorbeelden.

[39] De staatssecretaris duidt de gevolgen van bezwaar en beroep regelmatig aan als 'jojo-effect', zie *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 727 en 26 728, nr. 115, p. 36. Van Dale beschrijft een jojo als een schijf "die zichzelf door de traagheid weer opwindt". Dat lijkt me geen adequate beschrijving van de wijze waarop bezwaar- en beroepschriften worden afgehandeld.

[40] Bijlage bij de Conclusie van A-G Van Ballegooijen, 29 september 2005, inzake nr. 42.158 en 42.159 (materiële inkomstenbelastingsschuld van respectievelijk de echtgenoot en van belastingplichtige zelf), en nr. 41.617 (spontane storting inzake materiële inkomstenbelastingsschuld).

[41] Brief van 10 april 2007, nr. DB07-11310.

[42] Algemeen overleg evaluatierapport, *Kamerstukken II* 2007-2008, 30 375, nr. 5, p. 7.

[43] *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 404, nr. 8, p. 8.

[44] *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 404, nr. 17, p. 1. In deze brief van 2 juni 2008, nr. DB08-324 verstrekt de staatssecretaris nadere informatie. Het amendement zelf werd overigens verworpen, omdat dekking gevonden zou worden in de verlaging van de vrijstelling van art. 32, lid 1, onderdeel d SW 1956. Het CDA stemde alleen om die reden tegen het amendement.

[45] In gelijke zin Hof Amsterdam 21 april 2005, LJN AT4562. Ook A-G Van Ballegooijen erkent dat sprake is van rechtens gelijke gevallen, zie Conclusie A-G van 29 september 2005 inzake nr. 41.617, 42.158 en 42.159. Anders Hof Den Haag 29 april 2005, nr. BK-04-01442.

[46] Een redelijke wetstoepassing zou evenwel gebieden dat bij de waardebepaling van een definitief vaststaande belastingsschuld of -vordering wordt uitgegaan van die vastgestelde waarde. Vgl. HR 29 april 1992, nr. 27.873 waarbij een inmiddels vernietigde navorderingsaanslag niet als schuld mocht worden meegenomen.

[47] Voor de volledigheid: dit is geen oproep aan de wetgever om de rendementsgrondslag nog verder in te perken.

[48] Kamervragen, 18 januari 2008, nr. DGB07-06159.

[49] Hof Leeuwarden 14 mei 2008, nr. 06/00151. De geschatte totale inkomstenbelastingsschuld in deze zaak bedroeg, mede als gevolg van de vervreemding van aanmerkelijk belangaandelen in dat jaar, € 255.223 over alle inkomensboxen gezamenlijk.

[50] Zie voetnoot 32.

[51] Hof Leeuwarden 14 mei 2008, nr. 06/00151, r.o. 4.2.13.

[52] De spontane geldstorting inzake een nog niet geformaliseerde belastingsschuld (HR 2 maart 2007, nr. 41.617) laat ik hier onbesproken, nu de door de Hoge Raad getrokken vergelijking met een depotstorting alleszins reëel is. Anders: Heithuis die in zijn noot bij dit arrest ook de opvatting bestrijdt dat ter zake sprake zou zijn van een onverschuldigde betaling, zie *V-N* 2007/14.15.

[53] In een nog lopende procedure Hof Leeuwarden, nr. 03/0878, deed belanghebbende bovendien een beroep op art. 293 EG-Verdrag, omdat volgens hem belasting over belasting wordt geheven (bron: website ministerie van Financiën). Deze zaak blijft door het gebrek aan gegevens verder onbesproken.

[54] HR 9 mei 2008, nr. 43.318. Het voorstel van de staatssecretaris om in een overlijdensjaar voor zowel de erflater als de erfgenamen de helft van de grondslag in aanmerking te nemen, zou aan de onrechtvaardigheid van deze situatie tegemoet kunnen komen. Dit voorstel is bij amendement evenwel verworpen, *Kamerstukken II* 2006-2007, 20 943, 30 943, nr. 9, amendement Irrgang c.s. De daarmee aangebrachte wijziging in art. 2.17, lid 7 Wet IB 2001 werkt eenvoudiger uit.

[55] Hof Amsterdam 29 mei 2006, 04/04455, r.o. 5.5 en Hof Amsterdam 29 mei 2006, nr. 04/4678, r.o. 5.8.

[56] HR 9 mei 2008, nr. 43.476. In dezelfde zin HR 9 mei 2008, nr. 43.408.

[57] HR 2 maart 2007, nr. 42.158 (inkomstenbelasting box 1) en nr. 42.144 (successierecht).

[58] Vgl. HR 12 juli 2002, nr. 35.900 (*BNB* 2002/399) en nr. 36.254 (*BNB* 2002/400).

[59] In gelijke zin J.W. van den Berge, "Gelijkheid, de toepassing van het non-discriminatiebeginsel (art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR)", *WFR* 2000/895.

[60] HR 2 maart 2007, nr. 42.144, r.o. 3.4.

- [61] HR 2 maart 2007, nr. 42.158, r.o. 3.3.
- [62] EHRM 12 december 2006, nr. 13378/05, *Burden en Burden vs. Verenigd Koninkrijk*.
- [63] Noot van R.H. Happé bij HR 8 juli 2005, nr. 39.870, *BNB* 2005/310.
- [64] Of de situatie zodanig was dat de belastingplichtige tijdig (dus voor 1 oktober) een voorlopige aanslag aan kon vragen.
- [65] Vgl. EHRM 12 december 2006, nr. 13378/05, *Burden en Burden vs. Verenigd Koninkrijk*, waarin Judge Pavlovski in zijn '*Dissenting opinion*' uitspraken van rechters indeelt in vier categorieën waaronder '*legal but unfair*'.
- [66] Zie de bijlage van M. Schuiver-Bravenboer bij haar artikel "Overgangsmaatregelen Wet IB 2001", in: A.C. Rijkers en H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, p. 91 e.v.
- [67] Zie de onderdelen AV en AW respectievelijk AM en AN van de Invoeringswet Wet IB 2001.
- [68] Vgl. I.F.J.A. van Vijfeijken, "Wetgever: pas de artikelen AK en Aka aan!", *FTV* december 2003, p. 3.
- [69] Zie J.L.M. Gribnau, 'Zorgvuldigheid en kwaliteit van fiscale wetgeving', in zijn bundel: *Bijdragen aan een rechtvaardige belastingheffing*, Jan Giele-lezing 2007, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 85-87.
- [70] Hof Amsterdam 25 maart 2005, nr. 03/ 03294. Het beroep in cassatie werd zonder nadere motivering ongegrond verklaard, HR 7 maart 2008, nr. 41.481.
- [71] EHRM 10 juni 2003, 27793/95 (*M.A. e.a. tegen Finland*).
- [72] Onder de Wet IB 1964 bleef vanwege de maatschappelijke betekenis van dergelijke situaties de waardeaanwinst vanwege dit blote eigendom onbelast, terwijl de financieringsrente gewoon aftrekbaar was. Onder het regime van de Wet IB 2001 valt zowel de waarde van de blote eigendom als de daarmee samenhangende financieringsschuld in de rendementsgrondslag.
- [73] Hof Den Bosch 20 oktober 2005, nr. 03/02564.
- [74] HR 27 juni 2008, nr. 42.790, r.o. 3.3.
- [75] In gelijke zin T.A.D. van Wordragen in zijn commentaar bij HR 27 juni 2008, *NTFR* 2008-1273.
- [76] HR 7 december 2007, nr. 43.258 en 43.516 (belastingplichtige) respectievelijk 43.259 en 43.517 (echtgenote). Alleen de uitspraak in zaaknr. 43.258 is gepubliceerd.
- [77] Voor een kritische analyse verwijs ik naar het commentaar van Pronk in *NTFR* 2007-2255.
- [78] *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 728, nr. 3, p. 90-91.
- [79] *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 728, nr. 6, p. 26.
- [80] E. Thomas, "Terugwerkende kracht: (on)toelaatbaar", *WFR* 2005/326, onderdeel 2.2.
- [81] Zie onderdeel 4 van de bijlage bij de Conclusie van A-G Overgaauw 14 juni 2007 in o.m. zaaknr. 43.258.
- [82] HR 7 december 2007, nr. 43.258, r.o. 3.6.
- [83] EHRM 12 december 2006, nr. 13378/05, *Burden en Burden vs. Verenigd Koninkrijk*, Joint dissenting opinion of Judges Bonello and Garlicki. Ook zij ondersteunen de daaraan voorafgaande premisse van de 'juiste' beoordeling van een wetgever.
- [84] Vgl. T.M. Schalken die sommige (straf)rechterlijke uitspraken vergelijkt met een evenmin aanstonds te begrijpen gedicht. Zie "Het rechterlijk vonnis als onvoltooid verhaal", in: *Spiegels voor rechters, beschouwing over literatuur en recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006, p. 45.
- [85] Zie bijv. het onderzoek van H. Weyers en M. Hertogh, *Legitimiteit betwist*, Rijksuniversiteit Groningen, WODC 2007.
- [86] Vgl. R.M. Freudenthal: "Hoewel de hele heffingssystematiek van box 3 wat fiscaal wetenschappelijke schoonheid betreft niet de hoofdprijs verdient, moeten we er maar het beste van maken", in "Trust, een kwestie van vertrouwen", *Belastingbrief* 2008/03.
- [87] Evaluatierapport, *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 375, nr. 1-2, p. 75.
- [88] Zie ook de fictie in het inmiddels vervallen voorgestelde onderdeel I van art. I van het Wetsvoorstel Wijziging van een aantal belastingwetten en enkele andere wetten, *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 404, nr. 13.
- [89] Dit op pragmatische gronden gestoelde voorstel wordt onder meer bepleit door I.J.F.A. van Vijfeijken, "De fiscale behandeling van de herroepelijke schenking", *WPNR* 2008/6744, p. 173 e.v.
- [90] R.M. Freudenthal 2008, t.a.p.
- [91] Dit raakt nauw aan de vereiste consistentie in ruime zin. Beleid moet worden gevoerd over de grenzen van diverse fiscale leerstukken heen. Zie J.L.M. Gribnau, 'Rechtsbeginselen en evaluatie van belastingwetgeving', in A.C. Rijkers en H. Vording (red.), 'Vijf jaar Wet IB 2001', Deventer: Kluwer 2006, p. 55.
- [92] Onderdeel II, punt 1 van zijn op 14 april 2008 gehouden gastcollege, zie voetnoot 4 voor de vindplaats.